

LA ACCIÓN EJECUTIVA DE BARACK OBAMA EN MATERIA MIGRATORIA DE 2014

Elisa ORTEGA VELÁZQUEZ*

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Componentes clave de la acción*. III. *Facultades del presidente Obama para diferir la deportación de migrantes irregulares a través de la acción ejecutiva*. IV. *Precedentes judiciales relacionados con la acción ejecutiva*. V. *Panoramas posibles*. VI. *Reflexiones finales*.

I. ANTECEDENTES

El debate migratorio en Estados Unidos se reavivó desde 2012 con las elecciones presidenciales, en las cuales el candidato del Partido Demócrata, Barack Obama, fue reelegido en buena medida gracias al apoyo que tuvo de la comunidad latina (el 69% de los hispanos votó por él).¹ Tras su reelección, el presidente Obama señaló que la reforma migratoria sería la prioridad de su agenda en 2013,² ya que dicha reforma no había podido aprobarse durante su primer periodo como presidente (2008-2012), dada la recesión económica de 2008.³

Una de las estrategias usadas por el presidente Obama para la aprobación de la reforma migratoria con los miembros del Partido Republi-

* Investigadora de tiempo completo en el área de Derecho Internacional del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Doctora y maestra en derecho público por la Universidad Carlos III de Madrid, y licenciada en derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Correo electrónico elisa.ortega.velazquez@gmail.com.

¹ López, Mark Hugo *et al.*, “Latino Voters Support Obama by 3-1 Ratio, But Are Less Certain than Others about Voting”, *Pew Hispanic Center*, 11 de octubre de 2012, disponible en http://www.pewhispanic.org/files/2012/10/2012_NSL_latino_vote_report_FINAL_10-18-12.pdf.

² Bouie, Jamelle, “Obama promises — again — to put immigration reform on his agenda”, *The Washington Post*, 14 de noviembre de 2012, disponible en http://www.washingtonpost.com/blogs/plum-line/post/obama-promises--again--to-put-immigration-reform-on-his-agenda/2012/11/14/5bc026f4-2e7a-11e2-b631-2aad9d9c73ac_blog.html.

³ Alarcón, Rafael, “La crisis financiera en Estados Unidos y su impacto en la migración mexicana”, *COLEF*, diciembre de 2008, disponible en <http://www.colef.mx/evento/la-crisis-financiera-en-estados-unidos-y-su-impacto-en-la-migracion-mexicana/>.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado
nueva serie, año XLVIII, núm. 144,
septiembre-diciembre de 2015, pp. 1271-1288

cano fue el aumento de deportaciones, las cuales alcanzaron las 418,000 en 2012 y 438,000 en 2013.⁴ Bajo este panorama, en 2013 el presidente Obama impulsó una reforma migratoria⁵ que planteaba, entre las cuestiones más espinosas, el camino hacia la legalización de unos 11 millones de migrantes irregulares en ese país, de los cuales casi la mitad son de origen mexicano.⁶ Esta propuesta de reforma migratoria, como se sabe, fracasó al haber sido aprobada solamente por el Senado y rechazada por la Cámara Baja.⁷

De este modo, la acción ejecutiva en materia migratoria del presidente Obama de noviembre de 2014 tiene como antecedente directo el fracaso de la aprobación de la reforma migratoria que impulsó en 2013; esto es, la inacción del Congreso en esta materia.⁸ Otros factores influyeron en la emisión de esta acción ejecutiva. De un lado, la crisis humanitaria de los niños migrantes que alcanzó uno de sus puntos álgidos en verano de 2014.⁹ De otro, que los republicanos ganaran el Senado en noviembre de 2014, obteniendo, de esta forma, el control total del Congreso,¹⁰ y anulando la

⁴ González-Barrera, Ana y Jens Manuel, Krogstad, “U.S. deportations of immigrants reach record high in 2013”, *Pew Research Center*, 2 de octubre de 2014, disponible en <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2014/10/02/u-s-deportations-of-immigrants-reach-record-high-in-2013>.

⁵ The White House. Office of the Press Secretary, *Fixing our Broken Immigration System so Everyone Plays by the Rules*, 29 de enero de 2013, disponible en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/01/29/fact-sheet-fixing-our-broken-immigration-system-so-everyone-plays-rules>.

⁶ Pew Research Center, *Unauthorized Immigrants: Who they are and what the public thinks*, 15 de enero de 2015, disponible en <http://www.pewresearch.org/key-data-points/immigration/>.

⁷ Después de más de dos meses de debate, el pleno del Senado aprobó el 27 de junio de 2013 el proyecto bipartidista de la Ley S744, “*Border Security, Economic Opportunity, and Immigration Modernization Act*”, con 68 votos a favor y 32 en contra. Puede consultarse el texto completo en <http://www.govtrack.us/congress/bills/113/s744/text>.

⁸ Blumenthal, Paul, “Obama: ‘I’m Going To Do What I Can Through Executive Action’ On Immigration”, *Huffington Post*, 11 de septiembre de 2014, disponible en http://www.huffingtonpost.com/2014/11/09/barack-obama-immigration-_n_6128918.html.

⁹ Park, Haeyoun, “Children at the Border”, *The New York Times*, 21 de octubre de 2012, disponible en http://www.nytimes.com/interactive/2014/07/15/us/questions-about-the-border-kids.html?_r=0; Georgetown Law Human Rights Institute, *El costo de detener la marea: cómo las prácticas de control migratorio en el sur de México restringen el acceso a protección internacional de los niños migrantes*, Washington, Fact-Finding Project, HRI, 2015.

¹⁰ Collinson, Stephen, “Republicans seize Senate, gaining full control of Congress”, *CNN*, 5 de noviembre de 2014, disponible en <http://edition.cnn.com/2014/11/04/politics/election-day-story/>.

posibilidad de acción legislativa en esta materia, en el sentido propuesto por el presidente Obama.

II. COMPONENTES CLAVE DE LA ACCIÓN

La acción ejecutiva en materia migratoria del presidente Obama prevé lo siguiente:¹¹

1. Fortalecer la seguridad en la frontera a través del uso de los recursos del Departamento de Seguridad Nacional (Department of Homeland Security – DHS) de una manera estratégica y coordinada a fin de que haya un cumplimiento efectivo de las leyes y se intercepte a las personas que intentan entrar ilegalmente al país, a través de tierra, mar y aire.
2. Revisar las prioridades de deportación con el fin de, en primer lugar, dar máxima prioridad a las amenazas a la seguridad nacional, criminales convictos, miembros de pandillas e inmigrantes irregulares detenidos en la frontera. En segundo lugar, a los convictos por delitos menores significativos o múltiples delitos, y los que no son aprehendidos en la frontera, pero que entraron o volvieron a entrar irregularmente después del 1o. de enero de 2014; y, en tercer lugar, a quienes no son delincuentes pero que no han cumplido con una orden final de deportación emitida a partir del 1o. de enero de 2014.
3. Eliminar el Programa de Comunidades Seguras y remplazarlo con el nuevo programa de prioridad de aplicación de la ley. El programa seguirá apoyándose en los datos biométricos basados en huellas dactilares presentadas durante arrestos hechos por las agencias de orden público estatales y locales, e identificará para las agencias federales del orden público los criterios específicos por los cuales una persona está bajo su custodia.

¹¹ Véase Department of Homeland Security, *Arreglando nuestro sistema de inmigración a través de acción ejecutiva – datos principales*, 5 de diciembre de 2014, disponible en <http://www.dhs.gov/accionmigratoria>; American Immigration Council, *A Guide to the Immigration Accountability Executive Action*, Washington, AIM, 2014.

4. Implementar la reforma de personal para los oficiales de la agencia de Inmigración y Control de Aduanas (Immigration and Customs Enforcement - ICE), con el fin de reestructurar sus labores y salarios.
5. Ampliar el Programa de Acción Diferida para los Llegados en la Infancia (*Deferred Action for Childhood Arrivals - DACA*). La elegibilidad de DACA estaba limitada para quienes eran menores de 31 años al 15 de junio de 2012, que habían entrado a Estados Unidos antes del 15 de junio de 2007 y que eran menores de 16 años cuando entraron al país. Con la acción se amplía a los que entraron al país antes de los 16 años de edad, y no tan solo a los que nacieron antes del 15 de junio de 1981. También se ajusta la fecha de entrada al país del 15 de junio de 2007 al 1o. de enero de 2010. Esta ayuda, incluyendo la autorización de empleo, ahora tendrá una duración de tres años en lugar de dos.
6. Extender la Acción Diferida a Padres de Estadounidenses y de Residentes Permanentes Legales (*Deferred Action for Parents of Americans and Lawful Permanent Residents - DAPA*), siempre que: no sean sujetos de prioridades de deportación bajo la nueva política, hayan estado en el país por lo menos cinco años, tengan hijos que sean ciudadanos estadounidenses o residentes permanentes legales y no presenten otros factores que hagan inapropiada la concesión de la acción diferida. Cabe señalar que la acción no protege a los padres de los jóvenes que aplicaron a DACA en 2012 (671,000), ni da acceso al subsidio que ofrece la Affordable Care Act 2010 (Obamacare) para los migrantes protegidos bajo la acción (niños y padres).
7. Ampliar las exenciones provisionales de 2013 a cónyuges e hijos de residentes permanentes legales, además de clarificar el estándar de “dificultad extrema” que debe cumplirse para obtener una exención.
8. Revisar la reglamentación para permisos (“*parole*” y “*parole-in-place*”) con el fin de identificar las condiciones bajo las cuales se deben otorgar permisos de entrada a empresarios talentosos, sobre la base de que su entrada al país produzca un beneficio económico público significativo, y a los cónyuges, padres e hijos de ciudadanos estadounidenses o residentes permanentes legales interesados en alistarse en las Fuerzas Armadas de Estados Unidos.

9. Promover el proceso de naturalización a través de la implementación de sistemas modernos, como el uso de la tarjeta de crédito y la concientización pública sobre la ciudadanía.
10. Apoyar la migración calificada, a través de una serie de acciones administrativas para mejorar la forma en que las empresas estadounidenses contratan y retienen a los trabajadores extranjeros altamente capacitados, así como ampliar las oportunidades para que los estudiantes obtengan adiestramiento práctico. En contraste, no extiende las visas para trabajadores en la agricultura ni las visas H1B para trabajadores altamente calificados.

III. FACULTADES DEL PRESIDENTE OBAMA PARA DIFERIR LA DEPORTACIÓN DE MIGRANTES IRREGULARES A TRAVÉS DE LA ACCIÓN EJECUTIVA

Los mecanismos¹² de los que dispone el Poder Ejecutivo para detener las deportaciones son:

a) *Deferred action*: es la decisión de diferir la deportación de ciertos individuos como un acto de discreción del fiscal. A nivel legal, la Ley de Inmigración y Nacionalidad (Immigration and Nationality Act) otorga al DHS la facultad de administrar y hacer cumplir las leyes migratorias.¹³ A nivel reglamentario, se describe la acción diferida como “una ventaja administrativa del gobierno para dar a ciertos casos menor prioridad, a efectos de hacer cumplir la ley”.¹⁴ En este sentido, tribunales federales han reconocido la facultad del DHS de otorgar la acción diferida, al menos desde 1970.¹⁵

b) *Parole in place*: el procurador general puede permitir temporalmente, caso por caso, que no se deporten a migrantes irregulares por razones humanitarias urgentes o de beneficio público.¹⁶ Asimismo, puede usar esta

¹² National Immigration Law Center, *How the Obama Administration Can Use Executive Authority to Stop Deportations*, Los Ángeles, NILC, 2013.

¹³ INA § 103, 8 U.S.C. § 1103(a).

¹⁴ 8 C.F.R. 274a.12(c)(14).

¹⁵ *Reno vs. Am.-Arab Anti-Discrimination Comm.*, 525 U.S. 471, 483–84 (1999); *Soon Bok Yoon vs. INS*, 538 F.2d 1211, 1211 (5th Cir. 1976); *Vergel vs. INS*, 536 F.2d 755 (8th Cir. 1976); *David vs. INS*, 548 F.2d 219 (8th Cir. 1977); *Nicholas vs. INS*, 590 F.2d 802 (9th Cir. 1979).

¹⁶ INA § 212(d)(5), 8 U.S.C. § 1182(d)(5).

facultad para permitir la entrada o evitar la deportación de los hijos y padres de ex veteranos de guerra que no sean ciudadanos estadounidenses.¹⁷

c) *Deferred enforced departure*: el presidente, por sus facultades de dirigir las relaciones exteriores del país,¹⁸ reconocidas ampliamente a nivel judicial,¹⁹ puede suspender la deportación de migrantes en cuyos países hay desastres naturales o conflictos armados.

En el caso que nos ocupa, el presidente Obama está haciendo uso de la *deferred action* a través de la implementación de DACA y DAPA, previstas en su acción ejecutiva sobre migración de noviembre de 2014. El sustento constitucional del actuar del Poder Ejecutivo a través de acciones ejecutivas se limita a la disposición del artículo 2o., sección 3, de la Constitución estadounidense que señala la facultad del presidente de cuidar que las leyes sean fielmente ejecutadas, facultad que incluye, sin duda, la autoridad de decidir cómo hacerlo.²⁰ A nivel legal no existe una definición de las acciones ejecutivas, pero han sido un mecanismo usado históricamente por los presidentes estadounidenses para llamar la atención del Congreso en un tema en el que quieren tomar acción.²¹

En materia migratoria, el Poder Ejecutivo, a través del DHS, puede decidir cómo priorizar sus recursos con el fin de hacer cumplir las leyes migratorias y sus objetivos. De este modo, tiene una discreción bastante amplia para tomar acción (o no) en su cometido de hacer que las leyes sean cumplidas puntualmente. En este sentido, la Corte Suprema ha enfatizado que en materia migratoria: “la amplia discreción ejercida por los oficiales migratorios es un rasgo principal del sistema de deportación”.²²

¹⁷ INA § 240A(b)(4), 8 U.S.C. § 1229b(b)(4).

¹⁸ INA § 103(a); 8 USC § 1103(a). Véase *Presidential Memorandum—Deferred Enforced Departure for Liberians, a memorandum for the secretary of Homeland Security from President Barack Obama*, 23 de marzo de 2009, disponible en www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/03/15/presidential-memorandum-deferred-enforced-departure-liberians.

¹⁹ *Hotel and Restaurant Employees Union, Local 25 vs. Smith*, 846 F.2d 1499, 1510 (D. C. Cir. 1988); *American Baptist Churches in the U.S.A. vs. Meese*, 712 F. Supp. 756, 768 (N. D. Cal. 1989).

²⁰ El texto en español reza: “cuidará de que las leyes se ejecuten puntualmente”. Y en inglés: “he shall take care that the Laws be faithfully executed”.

²¹ Para abundar sobre el tema de las acciones ejecutivas, véase Moe, Terry M. y Howell, William G., “The Presidential Power of Unilateral Action”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 15, núm. 1, 1999, pp. 132-179.

²² U.S. SCJ, *Arizona v. United States*, 132 S. Ct. 2492, 2499 (2012).

Así, las agencias encargadas de hacer cumplir la ley, incluidas las que tratan asuntos migratorios, tienen una facultad llamada “discreción del fiscal” (*prosecutorial discretion*), a través de la cual pueden decidir (o no) a quién investigar, arrestar, detener, consignar y perseguir por aparentes violaciones a la ley. De esta manera, las agencias gubernamentales no están obligadas a aplicar todas las leyes todo el tiempo.²³ Y pueden desarrollar políticas discrecionales específicas para aplicar las leyes que están encargadas de hacer cumplir, la población que atienden y los problemas a los que se enfrentan. Esto es, dado que siempre hay recursos limitados y se prioriza el perseguir las infracciones más graves sobre las menos graves.

Este principio es lo que está detrás de DACA de 2012,²⁴ y del “perdón de deportación” de 2011²⁵ que puede llevar a cabo la ICE con las personas sujetas a un proceso de deportación que muestren buen carácter, no tener antecedentes criminales y vínculos bien establecidos en Estados Unidos, tener hijos, pagar impuestos, etcétera. Y ha sido usado históricamente por presidentes de ambos partidos para detener de forma temporal la deportación de extranjeros, primero a través del Immigration and Nationalization Services (INS) y ahora del DHS: Carter (1980 cubanos), Reagan (1987 nicaragüenses), Bush padre (1990 chinos y 1992 salvadoreños),²⁶ Clinton (1997 haitianos), Obama (2010 familiares de militares).²⁷ De este modo, se ha actuado de forma ejecutiva, legal y discrecional en materia migratoria para otorgar alivio temporal a aquellos migrantes necesitados por crisis internacionales o al reconocerse la falta de regulaciones en la materia.

²³ Por ejemplo, no todo aquel que cruza la calle imprudentemente obtiene una multa por hacerlo. Véase *Heckler vs. Chaney*, 470 U.S. 821, 831 (1985).

²⁴ U.S. DHS, *Exercising Prosecutorial Discretion with Respect to Individuals Who Came to the United States as Children*, Washington, DHS, 2012.

²⁵ U.S. ICE, *Exercising Prosecutorial Discretion Consistent with the Civil Immigration Enforcement Priorities of the Agency for the Apprehension, Detention, and Removal of Aliens*, Washington, ICE, 2011.

²⁶ Véase Immigration Policy Center, *Reagan-Bush Family Fairness: A Chronological History*, diciembre de 2014, disponible en <http://www.immigrationpolicy.org/just-facts/reagan-bush-family-fairness-chronological-history>

²⁷ American Immigration Council, *Executive Grants of Temporary Immigration Relief, 1956-Present*, Washington, AIM, 2014; National Immigration Law Center, *The President's Broad Legal Authority to Act on Immigration*, Los Angeles, NILC, 2014.

Así, el presidente, dentro del ámbito de sus competencias, tiene la facultad legal de otorgar alivio administrativo a los migrantes irregulares, difiriendo temporalmente su deportación. Como la oficina legal del Departamento de Justicia ha señalado,²⁸ la práctica de otorgar la acción diferida en materia migratoria ha sido reconocida tanto por el Congreso²⁹ como por la Corte Suprema.³⁰ Aún más, el proceso actual permanece individualizado, se asemeja a los programas de acción diferida aprobados previamente por el Congreso, y es consistente con el principio de discreción del fiscal. Asimismo, más de 100 reconocidos académicos en el área del derecho en todo el país han fundado y motivado que tanto DACA como DAPA se encuentran dentro de las facultades legales del presidente.³¹

De este modo, no hay un exceso en el ejercicio de sus competencias, ni se está rescribiendo la ley al otorgar alivio temporal a casi cinco millones de migrantes irregulares, como han argumentado los conservadores.³² A través de la acción no se les está otorgando un estatus migratorio legal y permanente (por ejemplo con el otorgamiento de *green cards* o de la ciudadanía):³³ es un alivio temporal, y los oficiales migratorios retienen sus facultades discrecionales de analizar caso por caso, sin que la acción eje-

²⁸ U.S. Department of Justice, *The Department of Homeland Security's Authority to Prioritize Removal of Certain Aliens Unlawfully Present in the United States and to Defer Removal of Others*, Washington, DOJ, 19 de noviembre de 2014, disponible en <http://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/attachments/2014/11/20/2014-11-19-auth-prioritize-removal.pdf>.

²⁹ 8 U.S.C. §§ 1103(a)(3), 1324a(h)(3); § 274a.12(c)(14); § 109.1(b)(7) (1982); § 1182(a)(9)(B)(i) y (a)(9)(C)(i)(I).

³⁰ *Reno v. Am.-Arab Anti-Discrimination Comm.*, 525 U.S. 471, 483–84 (1999); *Soon Bok Yoon v. INS*, 538 F.2d 1211, 1211 (5th Cir. 1976); *Vergel vs. INS*, 536 F.2d 755 (8th Cir. 1976); *David vs. INS*, 548 F.2d 219 (8th Cir. 1977); *Nicholas vs. INS*, 590 F.2d 802 (9th Cir. 1979).

³¹ En este sentido, puede verse la carta firmada por 136 reconocidos académicos en el campo del derecho en la que se apoya y funda la legalidad del ejercicio de la acción ejecutiva por parte del presidente para frenar la deportación de migrantes irregulares. Véase *Executive authority to protect individuals or groups from deportation*, disponible en https://pennstatelaw.psu.edu/_file/Law-Professor-Letter.pdf; American Immigration Council, *136 Leading Experts on Immigration Law Agree: President Has Legal Authority to Expand Relief*, Washington, AMI, 2014.

³² Conetta, Christine, “House Republicans Call Obama’s Executive Actions On Immigration «Unconstitutional»”, *Huffington Post*, 3 de diciembre de 2014, disponible en http://www.huffingtonpost.com/2014/12/03/gop-obama-immigration_n_6259146.html.

³³ U.S. Department of Justice, *The Department of...*, cit., p. 2.

citiva signifique la creación de una regla que interfiera con las facultades del DHS o exima de éstas a cierto grupo de extranjeros.³⁴

IV. PRECEDENTES JUDICIALES RELACIONADOS CON LA ACCIÓN EJECUTIVA

1. *Corte Suprema de Justicia: Arizona vs. United States (2012)*³⁵

En 2012, la Corte Suprema, con el apoyo de los ministros republicanos, echó abajo varias disposiciones de la controvertida Ley SB1070 de Arizona.³⁶ En esta decisión se reconoció la amplia discreción de la que goza el Poder Ejecutivo en materia migratoria. Específicamente, la deci-

³⁴ Hiroshi Motomura, *The President's Discretion, Immigration Enforcement, and the Rule of Law*, Washington, American Immigration Council, August 2014, disponible en <http://immigrationpolicy.org/perspectives/president%E2%80%99s-discretion-immigration-enforcement-and-rule-law>.

³⁵ *Arizona vs. United States*, 132 S. Ct. 2492, 2499 (2012), disponible en <http://www.leagle.com/decision/In%20SCO%2020120625002T.xml/ARIZONA%20v.%20U.S>.

³⁶ Esta Ley, del 23 de abril de 2010, fue muy criticada por diversos sectores pro inmigrantes. Entre las disposiciones más controvertidas que afectan directamente a la población migrante irregular se encuentran las siguientes. La Sección 2 (b) requiere que la policía local y estatal lleven a cabo revisiones sobre la condición legal migratoria de personas detenidas en las vías públicas, si existe sospecha razonable de que dichas personas están en el país sin autorización migratoria. Es decir, abrió la puerta a la discriminación racial, ya que la policía puede utilizar lo que se llama perfil racial (prohibido oficialmente), al poder detener a una persona que habla otro idioma o tiene rasgos latinos o asiáticos o que se viste de cierta manera, etcétera. Con esta disposición se dio una codificación y legitimación encubierta de la discriminación racial, tan condenada y prohibida a nivel nacional e internacional. La Sección 3 vuelve un delito estatal que una persona extranjera no autorizada no posea una tarjeta federal de registro. En otras palabras, vuelve un delito el acto de residir en Arizona, sin autorización migratoria, una infracción que en el resto del país sigue siendo una falta de carácter civil no penal. La Sección 5 (c) vuelve un delito estatal que un inmigrante no autorizado trabaje, solicite o busque un empleo de otras maneras, incluyendo lenguaje corporal que sugiera que está buscando empleo.

La Sección 6 otorga a las policías locales (estatal y municipal) facultades extraordinarias para llevar a cabo arrestos de extranjeros no autorizados sin una orden judicial, cuando exista causa probable de que tales personas cometieron cualquier tipo de ofensa pública que haga a tal persona sujeto de deportación. Otras disposiciones relevantes son tipificar como delito el dar alojamiento y transportar en el automóvil a un migrante irregular, aunque sea un familiar. También es delito el detenerse en la calle para contratar a

sión señala que un extranjero “puede” ser deportado si cumple con ciertos criterios, pero no dice que “deba” ser deportado de acuerdo a lo que dice la Ley. De hecho, afirma que el Poder Ejecutivo debe decidir si tiene sentido deportar al migrante o no. De esta forma, la Corte Suprema reconoce que la Ley claramente contempla casos en los que el Poder Ejecutivo puede elegir no deportar a un extranjero sujeto a deportación. Obviamente se exceptúa de esto a aquellos extranjeros que hayan cometido delitos graves o se hayan visto envueltos en actividades terroristas.

La Corte Suprema señala que el Poder Ejecutivo, a través del procurador general, tiene la discreción de decidir si los migrantes irregulares que no sean criminales o terroristas son deportados. En la decisión, la Corte llega a más diciendo que la discreción del Ejecutivo en materia migratoria debe ser ejercida caso por caso o, en su defecto, ser usada para proteger a una clase entera de individuos, como los trabajadores migrantes irregulares que mantienen a sus familias, o aquellos procedentes de países devastados por conflictos internos. De esta forma, la discreción en materia migratoria involucra preocupaciones humanitarias inmediatas.

Es resaltable que esta decisión fue emitida el 25 de junio de 2012, 10 días después de que el presidente Obama emitiera el DACA, por lo que los ministros de la Corte Suprema ya tenían en mente esta acción del presidente en su razonamiento y su consecuente legalidad.

2. *Tribunal Federal de Distrito de Pensilvania: United States vs. Elionardo Juárez-Escobar (2014)*³⁷

Al evaluar la aplicabilidad de la acción a un migrante irregular que cometió una infracción penal, un juez de distrito declaró en diciembre de 2014 que la acción ejecutiva era inconstitucional. El razonamiento del juez Arthur J. Schwab fue que la inacción del Congreso en la materia migratoria no autoriza al presidente a legislar, ya que es arbitraria la determinación del tiempo de inacción del Congreso en este tema, para que él

un jornalero. Véase el texto de la Ley SB1070 en http://www.azleg.gov/DocumentsForBill.asp?Bill_Number=1070.

³⁷ *United States vs. Elionardo Juárez-Escobar*, Criminal 14-0180 (W.D. Pa. 2014), disponible en <http://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp-content/uploads/sites/14/2014/12/Juarez-Escobar.pdf>.

D. R. © 2015. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 144, pp. 1271-1288

decida “legislar”. Sostuvo que la emisión de esta acción excede por mucho su facultad discrecional ya que:

a) Crea un sistema rígido y sistemático por el cual un amplio grupo de personas será tratado de forma distinta que otras, basándose en una clasificación arbitraria y no en una decisión caso por caso.

b) Otorga derechos sustantivos a los migrantes irregulares que caigan en las categorías establecidas (derecho a trabajar) y los vuelve cuasi ciudadanos.

c) El Poder Ejecutivo ha promovido la acción ejecutiva en materia migratoria en gran parte por el “interés humanitario en promover la unidad familiar” y terminarla, una vez otorgada, sería injusto para las personas a las que se les concedió, e iría en contra de los valores centrales de la sociedad estadounidense.

Cabe señalar que este razonamiento es incorrecto porque si se impediera al Poder Ejecutivo el establecimiento de lineamientos sistemáticos para llevar a cabo la discreción del fiscal, tal facultad se volvería arbitraria y caprichosa. Por otro lado, es cierto que se crean derechos sustantivos para los migrantes irregulares, como es el derecho al trabajo, y que esto los vuelve cuasi ciudadanos, pero hay que considerar que la acción ejecutiva puede ser terminada por Obama o el presidente siguiente, así como el correlativo derecho a trabajar que ésta otorga a los migrantes irregulares. Finalmente, el hecho de que se diera por terminada la acción ejecutiva y, por ende, se incurriera en una acción injusta para los migrantes no hace *per se* inconstitucional la acción ejecutiva.

3. *Tribunal Federal de Distrito de Texas: Texas et al. vs. United States (2015)*³⁸

El 16 de febrero de 2015 el juez federal de Texas Andrew Hanen interpuso un bloqueo de forma temporal a las acciones del presidente Obama en materia migratoria, como respuesta a las demandas interpuestas por 26 estados republicanos en contra de la acción ejecutiva en materia migratoria de noviembre de 2014. Los argumentos esgrimidos por Hanen para ordenar la suspensión de la acción ejecutiva del presidente fueron:

³⁸ *Texas et al. vs. United States*, Civil B-14-254 (2015), disponible en http://www.txs.uscourts.gov/notablecases/1-14-cv-254_145X20977588_0.pdf.

a) Viola la Ley del Procedimiento Administrativo al saltarse los pasos de avisar y comentar (*notice and comment*). Esta Ley obliga a publicar en el *Diario Oficial (Federal Registry)*, con al menos 30 días antes de entrar en vigor, toda reglamentación, con el fin de que la gente la conozca y remita sus opiniones por escrito. Cabe señalar que la administración del presidente Obama hizo todo lo relativo a la acción ejecutiva vía directivas, por lo que no realizó los pasos de avisar y comentar. En este sentido, Hanen argumentó que en general las reglas legislativas, y en especial las establecidas en la acción ejecutiva, están sujetas al requisito de avisar y publicar, toda vez que implican que otras agencias gubernamentales pongan en marcha diversas acciones, por ejemplo, otorgar permisos de trabajo a las personas amparadas bajo la acción. Esto se diferencia de los lineamientos generales, los cuales sí están exentos de la obligación de avisar y comentar.

b) Cambia la actual Ley sobre Migración y Nacionalidad. Esto en virtud de que ninguna ley otorga al presidente la facultad de hacer legal la estancia de 4.3 millones de migrantes irregulares. De hecho, la Ley obliga a su deportación, por lo que la acción ejecutiva cambia el estatus y la empleabilidad de estas personas. De este modo, Hanen arguyó que la acción ejecutiva cambia de forma unilateral la legislación federal en materia migratoria, usurpando el poder del Congreso para legislar y violando el deber del presidente de cuidar que las leyes se ejecuten fielmente. Es decir, en el fondo sugiere la violación de la división de poderes y la inconstitucionalidad de la acción, al violar el artículo 2o., sección 3, de la Constitución.

c) Hace que los estados incurran en costos, por ejemplo, al emitir licencias de manejo para las personas amparadas bajo la acción.

Por tales motivos, Hanen señaló que existían elementos suficientes para la suspensión temporal de la acción, mientras el caso continuaba y se llegaba al fondo de su improcedencia en términos legales y/o constitucionales.

La defensa de la administración del presidente Obama incluyó los siguientes argumentos:³⁹

- La obligación de avisar y comentar no aplica a la acción ejecutiva en materia migratoria toda vez que se trata solamente de una declaración general de política migratoria. La acción ejecutiva es un ejercicio

³⁹ Véase U.S. Department of Justice, *The Department...*, *cit.*

de la discreción del fiscal del presidente, que es el poder tradicional que tiene el Ejecutivo de priorizar las violaciones más graves a la ley sobre las menos serias. En materia migratoria esto significa preferir la asignación de recursos (siempre limitados) para perseguir y deportar a terroristas, criminales, pandilleros, así como frenar armas y drogas en la frontera, que a migrantes irregulares de bajo riesgo con lazos bien establecidos en Estados Unidos, cero antecedentes criminales y familia.

- Los estados demandantes no sufrirán daño económico alguno con la acción ejecutiva, por lo cual no tienen razón para demandar. De hecho, los costos de emitir licencias para los migrantes amparados por la acción se verán sobradamente compensados con los beneficios económicos de legalizar a cerca de cinco millones de migrantes irregulares, en términos de pago de impuestos.

4. *Corte Federal de Apelaciones del Quinto Circuito de Nueva Orleans: Texas et al. vs. United States (2015)*⁴⁰

La administración del presidente Obama apeló la suspensión temporal de la acción ejecutiva ordenada por el juez Hanen, a través de una moción (recurso) de emergencia, con el fin de que se levantara la suspensión a nivel nacional de la acción ejecutiva o, en su defecto, se suspendiera sólo en Texas o no se suspendiera en los estados que no participaron en la demanda (por ejemplo, Nueva York, California y Washington). Se argumentó que la suspensión de los programas migratorios causaría un “daño irreparable” a la seguridad nacional y a la gente afectada por los cambios. También se afirmó que la decisión del juez Hanen se extendió mucho más allá de la jurisdicción de su tribunal, ya que la suspensión de la acción ejecutiva afectó áreas fuera del Distrito Sur de Texas, donde se originó la demanda de 26 estados que se oponen a DAPA y expansión de DACA.

Actualmente esta apelación está en curso en la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de Nueva Orleans, compuesta por una mayoría republicana (dos jueces fueron elegidos por Reagan y Bush padre y uno por

⁴⁰ U.S. Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de Nueva Orleans, *Appellants' Emergency Motion For Stay Pending Appeal*, núm. 15-40238, disponible en <http://crimmigration.com/wp-content/uploads/2015/03/03-12-2015-stay-mx-5th-cir.pdf>.

Obama).⁴¹ Durante la primera audiencia del caso, los tres jueces escucharon los argumentos a favor y en contra de DACA y DAPA, y decretaron un receso indefinido sobre el fallo de la medida. Los cuestionamientos legales en los que se enfocaron se centraron en determinar las diferencias entre presencia legal y obtener un estatus legal. Asimismo, se puso en discusión el porqué desafiar este programa en su segunda versión cuando la primera nunca había sido cuestionada.⁴²

5. *Corte Federal de Apelaciones del Quinto Circuito de Texas: Crane et al. vs. Johnson et al. – (2015)*⁴³

En una decisión unánime, un panel de tres jueces desechó una demanda presentada por el gobierno del estado de Mississippi y 10 agentes del ICE que atacaba la legalidad de DACA. Los demandantes reclamaban que la implementación de DACA es perjudicial para Mississippi porque permitir la estadía de más extranjeros impone una carga económica para el Estado. Por su parte, los 10 agentes de ICE afirmaban que el programa no les permitía hacer su trabajo, haciéndoles violar sus juramentos de defender las leyes de los Estados Unidos al ordenarles que no podían detener a cierto tipo de inmigrantes irregulares, forzándolos a priorizar a las personas con antecedentes criminales. También, alegaban que recibirían sanciones de empleo si no implementaban el DACA.

La Corte Federal de Apelaciones del Quinto Circuito, por lo general es considerado el tribunal federal de apelaciones más conservador en el país; sin embargo, los jueces (dos nombrados por presidentes republicanos y uno por un demócrata) dictaminaron que “ni Mississippi ni los agentes comprobaron un perjuicio suficientemente concreto” para sostener la de-

⁴¹ “Identifican a jueces que escucharán caso de acción ejecutiva de inmigración”, *Inmigración Hoy*, 14 de abril de 2015, disponible en <http://inmigracionhoy.com/2015/04/14/identifican-a-jueces-que-escucharan-caso-de-accion-afirmativa-de-inmigracion/>.

⁴² Observatorio de Legislación y Política Migratoria, “Dejan en suspenso futuro de DACA y DAPA”, 17 de abril de 2015, disponible en <http://observatoriocolef.org/Noticia/2073>; Benach, Andres, *Oral Arguments in the Fifth Circuit about DAPA and DACA Injunction*, 22 de abril de 2015, disponible en <http://www.benachragland.com/2015/04/oral-arguments-in-the-fifth-circuit-about-dapa-and-daca-injunction/>.

⁴³ U.S. Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de Texas, *Crane et al. vs. Johnson et al.*, núm. 14-10049, 7 de abril de 2015, disponible en <http://www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/14/14-10049-CV0.pdf>.

manda. Todos llegaron a la misma conclusión: los demandantes no tenían un caso válido y DACA seguía.

Esta decisión podría constituir un precedente con implicaciones positivas para la implementación del DAPA y la expansión del DACA. Sin embargo, los dos casos son muy diferentes. La demanda de los 26 estados asegura que la implementación de la acción ejecutiva sobre inmigración aumentaría los gastos de fuerzas del orden, salud y educación que proveen los gobiernos locales, presentando argumentos específicos del perjuicio a los estados. Por ejemplo, Texas, que inició la demanda, señaló que para cumplir la orden federal, debería absorber los gastos adicionales para emitir licencias de conducir a los migrantes irregulares amparados por DAPA y la expansión de DACA, ya que Texas cobra 25 dólares por licencia, pero al Estado le cuesta casi \$200 procesarla en términos reales.⁴⁴

De este modo, a diferencia del caso de Mississippi, la demanda de los 26 estados presenta evidencias concretas de perjuicios económicos. Sin embargo, toda vez que aún no ha habido un litigio exitoso en contra de DACA, es probable que los jueces de la Corte de Apelaciones levanten el bloqueo temporal emitido por el juez Hanen.

V. PANORAMAS POSIBLES

Los panoramas posibles, en función de lo que decida la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de Nueva Orleans, son: *a)* que se confirme la decisión del juez Hanen, en el sentido de que la acción del presidente Obama viola la Ley de Procedimiento Administrativo; *b)* que se deseche la suspensión temporal de la acción y ésta continúe. Ahora bien, si la Corte de Apelaciones confirma lo dicho por el juez Hanen, el caso puede llegar a la Corte Suprema. Igualmente, si la Corte de Apelaciones suspende el bloqueo de la acción, Texas y los 25 estados restantes pueden apelar la decisión llevando el caso a la Corte Suprema.

Si el caso llega a la Corte Suprema es poco probable que ésta contrevierta la acción del Ejecutivo. Ya en 2012 dio su apoyo a la facultad discrecional del Poder Ejecutivo en materia migratoria cuando analizó el

⁴⁴ “¿Podría fallo judicial sobre DACA favorecer caso de acción ejecutiva?”, *Inmigración Hoy*, 11 de abril de 2015, disponible en <http://inmigracionhoy.com/2015/04/11/podria-fallo-judicial-sobre-daca-favorecer-caso-de-accion-ejecutiva/>.

caso de la Ley SB1070 de Arizona (visto anteriormente), y además es poco probable que controvierta la acción ejecutiva, a menos que el presidente Obama ya esté de salida en su mandato y no sea factible que los demócratas conserven el poder.

Es importante señalar que la ruta de apelación comporta dos riesgos. El primero, que las apelaciones toman tiempo y esto dificulta que se otorgue protección a los migrantes irregulares que estarían protegidos por la acción. De este modo, se desdibuja la valía de la promesa de no ser deportados por tres años si se considera que el programa iniciaría al finalizar el mandato de Obama y el siguiente presidente puede terminar la acción ejecutiva en cualquier momento. El segundo, que el gobierno pierda la apelación al llegar el caso a la Corte Suprema, lo cual crearía un precedente negativo para el presidente Obama y futuros presidentes en la emisión de acciones ejecutivas en esta materia.

Los panoramas posibles para la administración del presidente Obama son:

a) Que, anticipándose al resultado de la apelación, se cumpla con el requisito de avisar y comentar que señala la Ley de Procedimiento Administrativo. Así, si la decisión de Hanen se confirma o si la apelación toma mucho tiempo tendría un plan de rescate. Sin embargo, el proceso de avisar y comentar conlleva riesgos: es lento, y el hacerlo minaría uno de los principales argumentos del gobierno en la apelación: que la acción ejecutiva se emite en ejercicio del principio de la discreción del fiscal por parte del presidente, el cual no está sujeto a revisión judicial, a diferencia de las reglamentaciones que sí están sujetas al proceso de avisar y comentar y, por ende, a la revisión judicial.⁴⁵

b) Si la decisión de Hanen se confirma en la última instancia, el gobierno puede retirar los programas establecidos por la acción ejecutiva y seguir usando su discreción del fiscal para frenar deportaciones caso por caso, lo cual el mismo juez Hanen ha reconocido en su decisión como una facultad del gobierno. Es decir, en el fondo la política continuaría, pero nadie se responsabilizaría de ello. Esto en virtud de que el ejercicio del

⁴⁵ Véase Bailey, Jeremy D. y Rottinghaus, Brandon, “Reexamining the Use of Unilateral Orders Source of Authority and the Power to Act Alone”, *American Politics Research*, vol. 42, núm. 3, 2014, pp. 472-502.

principio de discreción del fiscal no está sujeto a la revisión judicial, mientras que las políticas formalizadas sí.

c) Otra opción sería que el presidente Obama deseché formal e informalmente la acción y proponga otra reforma migratoria, para lo cual, quizás, se toparía con la oposición de los republicanos. Esto pavimentaría el camino a los demócratas para ganar el control del Congreso y aprobar una reforma migratoria integral y, tal vez, ganar las elecciones presidenciales.

VI. REFLEXIONES FINALES

La política migratoria estadounidense de control y deportación ha traído diversos impactos negativos para los migrantes, siendo la separación familiar y las consecuencias emocionales y económicas para los migrantes las piedras angulares del inoperante sistema migratorio estadounidense. Estamos hablando de un sistema ineficaz e injusto que está plagado de leyes y políticas demagógicas e ineficaces que sólo rompen familias. Además de que utiliza el dinero de los contribuyentes para perseguir a migrantes trabajadores con lazos bien establecidos en el país, en vez de a criminales y terroristas.

La acción ejecutiva en materia migratoria era la última opción que el presidente Obama tenía (dada la inacción del Congreso en la materia) para cambiar, en la medida de lo posible, el ineficaz e injusto sistema migratorio estadounidense que ha creado millones de migrantes irregulares. Hay que considerar que, al menos desde los ámbitos práctico, económico, moral y político, no es factible deportar a los 11 millones de migrantes irregulares, por lo que algo se tiene que hacer para remediar tantos años de la laxa ejecución de las leyes migratorias. Es cierto que la acción no soluciona la situación de los 11 millones de migrantes irregulares, pero al menos es un inicio que da luz a la situación de una parte de esta población.

El panorama que se vislumbra es que la acción ejecutiva en materia migratoria, por más controversial que sea, no será enteramente disputada ni echada abajo. Más bien ha abierto la puerta para un debate migratorio sensato, ya que ningún político (demócrata o republicano) con afán serio de llegar a la Presidencia puede dejar de lado que una reforma migratoria

comprensiva necesita una disposición que trate con la regularización de los 11 millones de migrantes irregulares.

En cuanto a México se refiere, ante la permanencia de las políticas migratorias restrictivas de Estados Unidos y el alto nivel de deportaciones a México de nuestros connacionales, el gobierno mexicano debe asegurar la integración social de la población retornada y garantizar que cuente con la documentación necesaria para acceder a los servicios públicos esenciales para el desarrollo de su vida, como el acceso a un empleo digno, servicios de salud y educación para sus hijos. Y en caso de confirmarse la acción ejecutiva, asignar recursos económicos y humanos para garantizar que todas las personas elegibles viviendo en Estados Unidos cuenten con la documentación que les permita acogerse a la acción y regularizar su situación migratoria.